

# CARACTERIZACIÓN DEL MODELO DE JUSTICIA DE RAWLS-DWORKIN: ELEMENTOS PARA UNA COMPRENSIÓN DEL ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO\*

## CHARACTERIZATION OF MODEL OF JUSTICE OF RAWLS-DWORKIN: ELEMENTS FOR AN UNDERSTANDING OF THE PHILOSOPHY EPISTEMOLOGICAL STATUS LAW

Por: Javier Ferreira Ospino\*\*

12

**RESUMEN:** Esta investigación se centró en la necesidad de construir elementos de juicio que ayuden a comprender el estatuto epistemológico del Derecho desde una perspectiva iusfilosófica. Para ello, se realizan una serie de consideraciones desde las teorías jurídicas y políticas del liberalismo en las perspectivas teóricas de Rawls y Dworkin. Esta investigación hace parte del macroproyecto titulado: Las teorías contemporáneas de la justicia y el Derecho.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho, Justicia, Igualdad, Filosofía.

**ABSTRACT:** This research was focused on the need to build evidence to help understand the epistemological status of the right perspective iusfilosofica. To do so, perform a number of considerations from legal and political theories of liberalism in the theoretical aspects of Rawls and Dworkin. This research is part of the macro project entitled: Contemporary theories of justice and the law.

**KEY WORDS:** Laws, Justice, Equality, Philosophy.

Fecha de recepción: Junio 1 de 2010  
Fecha de aprobación: Julio 21 de 2010

\* Este artículo es el resultado del proyecto de investigación sobre "Caracterización del modelo de justicia de Rawls y Dworkin" y fue realizado con recursos asignados al Grupo de Investigación en Derecho Público de la Corporación Universitaria de la Costa.

\*\* Filósofo, Magíster en Investigación, Maestrante en Hermenéutica Jurídica y Derecho, Doctorando en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. Docente Investigador del Grupo de Investigación en Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de la Costa, Barranquilla. [jferreir3@cuc.edu.co](mailto:jferreir3@cuc.edu.co)

## INTRODUCCIÓN

La filosofía del Derecho está determinada, contrario a cualquier pretensión de identidad, por una serie de estructuras de pensamiento, disímiles entre sí, que confrontan la relación trilemática: eficacia, legitimidad, y validez, sin que pareciera mediar entre cada una de ellas una explicación causal que buscara ser el puente entre una y otra tendencia. Si bien es cierto, cada tendencia se desarrolla teóricamente con los insumos del contexto sociohistórico, no son ellas mismas el resultado de una fuerza decidida de la historia occidental.

La perspectiva iusfilosófica permite, no encontrar la respuesta al dilema de qué tendencia permite comprender mejor el fenómeno jurídico, sino, de analizar en perspectiva cómo la complejidad de la teoría y el discurso jurídico es en sí, un debate inacabado. La convergencia hacia una u otra corriente epistemológica de la filosofía del Derecho obedece más al campo de cómo se materializan los discursos en el accionar del mundo jurídico.

Lo cierto es que, distinto a lo que comúnmente se piensa, el Derecho más allá de la discusión de cientificidad, posee una estructura epistemológica que limitadas veces se discute. Para muchos realistas el Derecho está más en el campo de las profesiones liberales, del ejercicio cotidiano de abogados y operadores jurídicos (es decir, el campo de la eficacia) que en el campo de un entramado teórico y conceptual. Esta investigación trató de aportar elementos de juicio para la comprensión de dos teorías liberales de la justicia en el marco del establecimiento de un estatuto epistemológico del Derecho.

## METODOLOGÍA

Esta investigación se enmarcó en el estudio hermenéutico-analítico. La vía hermenéutica es una vía que defienden teóricos e historiadores alemanes. La hermenéutica parte de la interpretación científica y documentada. Defiende el pluralismo metodológico que consiste en generar sus propios métodos de interpretación, para ello el trabajo documental y de interpretación potencia el campo hermenéutico y posibilita la ampliación de conocimientos en contextos de aprendizaje de difícil comprensión de teorías científicas. El tipo de investigación seleccionado para la realización de este proyecto fue la iusfilosófica.

## DESARROLLO UNA TEORÍA FORMAL DEL DERECHO

Al analizar la fragilidad y contingencia de un sistema de gobierno y de la maquinaria

del poder político de un Estado, no es del todo claro la idea general que se tiene de ¿qué es el Derecho? y ¿hasta qué punto la asociación de personas reunidas bajo el estereotipo de ciudadanos han de obedecer sus disposiciones?

Para dar respuesta a estos interrogantes tendríamos que optar ya sea por la justificación vigente que se tenga del funcionamiento del modelo normativo, o por la puesta en marcha de un nuevo paradigma que fortalezca o mejore la situación presente normativa. Nos enfrentamos entonces, –sea, si se puede suponer el caso– a las ideas dominantes del positivismo jurídico para dar paso a la teoría liberal del Derecho expuesta por Dworkin.

Las ideas relevantes del positivismo jurídico que se intentan confrontar, son presentadas en la visión de Hart, con su teoría normativa del Derecho, que se fundamenta en el análisis económico de la teoría jurídica. Con ello se busca elevar en la medida de lo posible, la promoción del bienestar promedio de los miembros de una comunidad. Para cumplir este objetivo, las instituciones sociales deben garantizar el normal cumplimiento de esta misión.

Con todo y que los fundamentos del sistema normativo del derecho defendidos por el positivismo, parezcan evidenciar la realidad de la esfera legal, dejan de lado de modo excluyente, a los individuos que se ubican por fuera del marco legal de las instituciones; es decir, que solo permiten la adjudicación de derechos al individuo, en la medida que este se encuentre en congruencia con los parámetros normativos del conglomerado.

A diferencia del rígido sistema normativo, la tesis de los derechos, busca establecer una visión diferente que ofrezca al individuo el derecho a igual consideración y respeto, que garantice la protección de sus derechos ante la injusta imposición de disposiciones legales por parte de la comunidad, que le ocasionen pérdida o perjuicio.

**El Derecho y sus problemas.** El Derecho presenta en el ejercicio cotidiano, unas particulares contingencias conceptuales que no son resueltas por la técnica ordinaria de la práctica jurídica, tales circunstancias conflictivas se intentan superar por lo que en el sistema legal se conoce como Jurisprudencia. Sin embargo, al momento de ser llevada a la práctica ordinaria la solución formulada, esta se ve influenciada “por las modas intelectuales y los acontecimientos políticos”<sup>1</sup>.

El ejercicio ordinario de la práctica jurídica por parte de los abogados, evidencia la ignorancia que estos poseen con respecto al contenido moral de los términos que a menudo se emplean en los tribunales. Tanto es así, que no prestan mucha atención a

la forma como se emplea técnicamente en los tribunales un término legal, ni mucho menos las reglas que lo determinan, puesto que ello no es de su manejo y porque lo que se impone en la mayoría de los casos es el tecnicismo.

En el caso de los jueces, la situación no es del todo diferente, dado que se observa en ellos la omisión de alegatos de tipo moral y de principios, que seguramente permitirían que sus decisiones se acomoden en mayor grado a acciones justas.

Al juez se le puede observar ya sea como una persona cualquiera o como una institución. La primera situación, describe un ser humano más, miembro de una sociedad, con gustos, aptitudes y filiaciones políticas determinadas y definidas. La segunda, lo muestra como parte de un sistema judicial que orienta sus decisiones bajo la guía de unos principios, que se supone se encuentran estandarizados, pero, ¿realmente existen tales principios? o simplemente las decisiones judiciales están sujetas a la forma como los jueces las observan.

La teoría liberal del derecho que aquí se intenta describir, parte del supuesto de que “los problemas de la jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales, ni de estrategias”<sup>2</sup>, esta es la premisa central en la que gira el argumento a favor de la tesis de los derechos.

El análisis crítico del Derecho debe reflejar los principios morales que lo determinan, estableciendo la sensatez, congruencia y fundamento de los principios a los que pretende servir, dejando atrás la limitada visión de “la norma jurídica como una extensión de las teorías populares de la moralidad y la causa”<sup>3</sup>, en el caso de Hart.

La práctica legal ha censurado la ineficacia del modelo normativo como extensión de las teorías populares de la moralidad y la causa, puesto que su carácter poco asertivo no es definitorio en circunstancias injustas en las que se desconoce hasta qué punto ha de prevalecer la obligación moral de obedecer una ley, si sus principios son injustos.

La iniciativa de la tesis de los derechos que el liberalismo igualitario propone, insiste en poner en funcionamiento una jurisprudencia que además de ser solución a los conflictos sirva de enlace entre la práctica social y la teoría moral, en sostén de circunstancias más justas.

**El modelo de las normas y el Derecho.** La teoría que aquí describo rechaza la formulación nominalista de pensar al Derecho como un conjunto de normas compiladas a la espera de ser utilizadas por el juez y de que la obligación jurídica no es

---

2. *Ibid.*, p. 51.

3. *Ibid.*, p. 52.

más que las cadenas invisibles que tienen las normas; esta forma de ver el Derecho se entiende como jurisprudencia mecánica y se evidencia en las sociedades que justifican el castigo y la coerción, sin más argumentos razonables.

¿Hasta qué punto se podría afirmar que existe claridad en el ejercicio ordinario de la práctica legal, sobre los límites de la obligación jurídica frente a la obligación moral? Esta incierta situación ahonda los enigmas conceptuales del Derecho y la obligación en los tribunales. Al respecto, cuando nos cuestionamos sobre dichos límites, sin duda titubeamos al instante de sentirnos identificados con los principios que creemos seguir en Derecho.

**La regla de reconocimiento como teoría normativa del Derecho en Hart.** El positivismo jurídico centra sus postulados en específica visión del Derecho que son defendidos por Hart, y que se identifican por:

- a. Observar al Derecho como un conjunto de normas públicas seleccionadas para gobernar el orden público. Lo que interesa al interior de una comunidad es identificar los comportamientos que no se ajustan a los estándares establecidos, con el propósito de determinar su castigo por parte de los poderes públicos.
- b. En los casos en que la aplicación de la ley se vea limitada para dar luces a un conflicto, le compete a un funcionario, dado el caso, la misión de decidir. Es así, como se plantea la discreción del juez que se dirige hacia la preparación de una norma nueva o en la ampliación de la existente. Los jueces tienen la discrecionalidad de realizar una legislación nueva en los casos difíciles.
- c. La obligación jurídica se encuentra dentro de un parámetro de normas jurídicas que determinan las exigencias y prohibiciones de una sociedad.

Esta manera de entender el Derecho, fija la fuente de la autoridad no en la fuerza física que posea una persona para hacerla obligatoria, sino en la aceptación de ciertas conductas propias de las prácticas sociales de grupo y en el carácter obligante de las leyes que promulgan. Así mismo, al tomar las normas ya no como simples mandatos las separa en dos géneros lógicos: primarias –cuando cumplen la función de asegurar derechos y de imponer obligaciones– y secundarias –cuando determinan las condiciones en las que pueden ser modificadas las normas primarias–.

La norma secundaria fundamental es: *la regla de reconocimiento*, que tiene una identidad propia, una jurisdicción que reside en el aparato gubernamental, y un funcionamiento específico en las legislaturas, tribunales, organismos políticos y cosas semejantes.

El positivismo sostiene que la sociedad tiene unas determinadas reglas de reconocimiento que han sido debidamente aceptadas y que sirven de estándares constitucionales que fortalecen las actuaciones de las normas.

**Las limitaciones normativas de la regla de reconocimiento.** Es de esperarse luego de un detallado análisis del modelo normativo, que Dworkin apunte ciertas incongruencias que incidirán en el afianzamiento de su tesis, que en términos generales señala:

1. Que el positivismo es un sistema que da primacía a la norma y desconoce aquellos estándares que no hacen parte de ella. Dentro de estos estándares se encuentran los principios, que no alcanzan la categoría de norma, pero satisfacen las exigencias de la justicia y la equidad. Por lo tanto, la obligación jurídica no debe desconocer la fuerza razonable de estos, al momento de emitir las decisiones judiciales, por parte de juristas y jueces.
2. El positivismo omite el significado común del término discreción, que se dirige a la formulación de una respuesta en determinados casos especiales, y lo relaciona con las situaciones contingentes del medio, afectando el sentido de su significado. Una de las formas de entender su sentido, es en su forma débil, que no es más que la acción discrecional del juez que opera por la incongruencia de la aplicación mecánica de las normas. Lo cual no significa que su interpretación desconozca los parámetros de sensatez y justicia, sino que simplemente la decisión que se prepara a realizar no se encuentra inserta dentro de las normas previstas por la autoridad competente.
3. Los positivistas establecen una serie de estándares obligatorios que los jueces deben reconocer al momento de decidir en qué momento se altera o se cambia una norma establecida, uno de estos ítem hace referencia al hecho de que si el cambio será en beneficio de un principio, apartando obviamente sus preferencias personales, entonces ¿por qué si necesita de este ejercicio preliminar se debe desconocer posteriormente el carácter vinculante de los principios, aunque estos no representen tácitamente derechos?
4. Debe replantearse la manera como los jueces adoptan en algunos casos la discreción judicial, puesto que sus argumentos triviales denotan una carencia de fundamentos, por la asociación incorrecta que hacen del Derecho como la norma, simplificándolo como una colección de normas. Los jueces no son la última palabra en el Derecho como lo intenta mostrar el nominalismo.
5. La costumbre al ser tomada como regla maestra de Derecho anula la validez que la regla de reconocimiento otorga a la norma, porque conlleva a una trivial doctrina de la discreción y es de naturaleza poco obligante.

**Las normas sociales como respuesta a la regla de reconocimiento.** Es incierta la idea que comúnmente se tiene y que defiende Hart, de que los jueces por norma general están obligados a hacer lo que dice la ley, porque del análisis del origen de las circunstancias que posibilitan tanto a los deberes como a las obligaciones, se desprenden los argumentos en contra de esta manera de tratar la discreción.

Existe un “criterio fundamental y comúnmente reconocido que permite determinar

qué estándares cuentan como Derecho y cuales no”<sup>4</sup>; pero si los jueces no tienen una claridad sobre qué principios se deben tener en cuenta o no, se podría afirmar que carecen del poder discrecional para formular un juicio.

Este criterio fundamental afirma la acción en cadena de una serie de satisfacciones que otorgan a los miembros de una comunidad un comportamiento social determinado por la imposición de una serie de deberes. A nivel judicial coloca al juez en la misma cadena de satisfacciones para garantizar el cumplimiento de unas condiciones mínimas que la norma social utiliza para justificar la aplicación de ciertos estándares como derechos. Del ejercicio repetitivo de esta práctica se origina la idea de que los jueces han de seguirse por lo que dice la ley. No obstante, esta idea sugiere dos objeciones: a) una que insiste en que esta realidad, no es más que una descripción de un comportamiento particular –algo así como la afirmación de una norma– y, b) que este tipo de comportamiento es en sí, la afirmación de una regla normativa.

En este punto Dworkin descarta el supuesto positivista de tomar la norma social como fuente del deber. Las normas sociales deben antes distinguirse por su existencia y su aceptación por parte de los miembros de una comunidad. Ellas se entienden como una teoría de la norma social<sup>5</sup>.

Se debe advertir que la comunidad se inclina a favor de una moral convencional que afirma una regla normativa. Para acceder a este carácter convencional la norma social necesita adquirir una forma verbal. Ahora bien, no hay que entender la norma social como una descripción de una práctica uniforme, porque, a pesar de aceptar el consenso con respecto a unos deberes dentro de la comunidad, no presenta la posibilidad para que los individuos puedan trascender los términos morales convencionales fijados en el consenso. Esto, sin duda, conduce al replanteamiento de la regla social de reconocimiento.

La norma social no establece los límites y máximas del deber judicial. Se observa que dentro de los ideales de un sistema jurídico evolucionado, los jueces y funcionarios legales basarán sus determinaciones en algún conjunto de normas sociales que limiten su poder, para el reconocimiento como derecho de cualquier estándar que se sitúe por fuera de las normas y los principios. Sus decisiones estarán sujetas a una regla o principio normativo que permitirá la identificación de normas y principios de Derecho más particularizados, estableciendo un orden de ideas que permita la elección de tomar a otras normas como normas legales.

No obstante, este presupuesto detalla la falta de un criterio de Derecho que sea

4. *Ibíd.*, p. 102.

5. La teoría de la norma social es una contrapropuesta al concepto de Hart de lo que se entiende como la teoría general de la obligación y el deber.

tomado como regla social, que distinga los principios de las normas jurídicas morales dentro de un sistema jurídico.

Las reglas sociales deben dar cabida a los principios, aceptando la discrecionalidad en las decisiones judiciales que apelen a los principios en los llamados: casos difíciles. “Si una teoría del Derecho ha de proporcionar una base para el deber judicial, entonces los principios que enuncian deben tratar de justificar las normas establecidas, identificando las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad que, en opción del jurista que elaboró la teoría, fundamentan realmente las normas”<sup>6</sup>.

La tesis de los derechos al hacer un análisis de la práctica jurídica, destaca como esta, al no concederle a los principios un carácter obligante ha provocado un enfrentamiento entre los jueces, ya no con el interrogante de hasta dónde reside su deber de decidir, sino de qué forma han de tomar una decisión luego de meditar bien las cosas, “puesto que no tienen el deber de decidir en un sentido o en otro”<sup>7</sup>. Es así como el juez al tomar sus determinaciones, en apoyo del concepto de deber, se enfrenta a estas tres posibilidades:

1. A una serie estandarizada de normas que el hombre razonable puede escoger.
2. A una situación definitiva frente a los alegatos de una autoridad superior que tendría el derecho de revisar y anular la decisión.
3. A un conjunto de normas estandarizadas, que fuera de ellas no existe obligación.

**La tesis de los derechos.** Esta tesis aquí propuesta podría sintetizarse de la siguiente manera: *Aunque ninguna norma da luces con respecto a un caso particular, hay un hecho que es innegable y es que una de las partes, debe salir adelante en un conflicto, por tanto al juez le compete descubrir los derechos de las partes antes que inventar derechos nuevos.* Lo cual es una superación a la suposición de que en los casos difíciles el juez en apoyo de una teoría tenga la discrecionalidad para decidir un caso sea en uno u otro sentido.

Los jueces al momento de hacer leyes nuevas aluden en la mayoría de los casos a lo consuetudinario, lo que incide directamente en la aplicación de interpretaciones vagas, cuando lo que se requiere es que la directriz de sus juicios estén guiados por los cánones del Derecho promulgado por las instituciones.

La tesis de los derechos que se formula aquí, precisa que las decisiones judiciales en los casos difíciles sean motivadas por argumentos de principios, es decir que justifiquen “una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o de grupo”<sup>8</sup>.

---

6. *Ibid.*, p. 129.

7. *Ibid.*, p. 129.

8. *Ibid.*, p. 148.



La tesis de los derechos critica o subraya el hecho de que toda comunidad está regida por personas que han sido escogidas mayoritariamente y en ese orden de ideas los jueces en oposición a ese principio no son elegidos, como tampoco son responsables ante un electorado, por lo tanto no deberían legislar, y si así lo hicieran, estarían haciendo un uso retroactivo de la ley para dirimir un caso, —es decir, que la persona que se juzgue será multada no por haber violado un deber que tenía, sino por haber cometido una infracción de un deber nuevo creado después del hecho— entonces debe prevalecer que la adjudicación de competencias deberá mantenerse subordinada a la legislación. El juez presenta una incapacidad manifiesta para legislar, dado que esta misión es propia de funcionarios que provienen de una elección mayoritaria y son responsables.

Dworkin trata con ironía la retórica que se fabrica en el interior de las Facultades de Derecho en las que se afirma que los jueces al emitir juicios nuevos están proyectando su moralidad política y la de la tradición del Derecho consuetudinario, porque con ella se desconoce, tanto la responsabilidad política de los jueces cuando emiten un fallo, como su condición de personas sensibles. En definitiva, la tesis de los derechos diferencia tanto los argumentos de principios como los políticos, propios de la argumentación jurídica, y hace viable el empleo de una teoría de los precedentes y de la historia institucional para la emisión de juicios con respecto a los casos difíciles<sup>9</sup>.

**Hércules, el juez filósofo y su antagonista Herbert.** Ante la complejidad que plantean los interrogantes de un caso difícil, Dworkin crea para un mejor entendimiento de la teoría de los derechos, la idea hipotética de “un juez filósofo”<sup>10</sup>, que ante este tipo de situaciones problemáticas considere la elaboración de teorías que respeten la intención y los principios jurídicos de la ley.

Esta creación hipotética es asumida por “un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumana, a quien llamaré Hércules”<sup>11</sup>, que acepta las normas de una determinada jurisdicción, de un Estado y parte del poder de la primacía de la ley sobre los derechos y el deber de acatamiento de los jueces con respecto a las decisiones anteriores de su mismo tribunal o de tribunales superiores. Frente a un caso difícil el juez Hércules se interroga sobre el poder que tiene la Constitución para crear y anular derechos; luego examinará el esquema de principios fijados, para a partir de allí, plantear la construcción de una teoría constitucional.

9. Los casos difíciles, son aquellos en los que se presenta controversia entre algunos conceptos y se debe mantener la idea de contrato, propiedad, intención y principio de una ley. La tesis de los derechos afirma que la solución a esta serie de casos, debe provenir del análisis de los principios que están en juego.

10. *Ibid.*, p. 177.

11. *Ibid.*, p. 177.

Por tratarse de un juez filósofo no se pone en duda que presentará una teoría política tan completa, que justificará en su totalidad a la Constitución, o sea que sus razonamientos superarán la consideración de tomar este tipo de casos como una adecuación entre una teoría y las normas de una institución para decidirse por una solución más satisfactoria de los principios a los que él sirve de garante.

Hércules, hace uso de los precedentes analizando las formulaciones verbales escritas con ayuda de unas determinadas técnicas de interpretación jurídica que permiten considerar si dichas palabras abarcan o no el caso en discusión. Así, establece a partir de argumentos de principios, la fuerza gravitacional de un precedente con respecto a decisiones posteriores. La tesis de los derechos es válida en el accionar de Hércules, en la medida que contribuye a un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes de derechos consuetudinarios y, en cuanto también han de estar justificados por principios, para las estipulaciones constitucionales y legislativas<sup>12</sup>.

El juez Hércules, es una muestra de lo inadecuada que ha sido la historia institucional con respecto a la fuerza gravitacional de las decisiones anteriores. A la vez, se caracteriza por reflejar en su argumentación posiciones intelectuales y filosóficas, juicios independientes que posibilitan los elementos que requiere un precedente. Cosa contraria a lo que reflejan las teorías clásicas de la adjudicación.

La tesis de los derechos permite distinguir las etapas que se agotan en la toma de decisión en un caso difícil, en donde en primera instancia el juez tendrá la misión de determinar los puntos límites del Derecho explícito y en segunda instancia, hará uso de una discreción independiente para establecer parámetros argumentativos en los linderos que el accionar del Derecho no contiene.

En la tesis de los derechos se distinguen dos aspectos, uno de carácter descriptivo, que permite por medio de una valoración descriptiva observar el estado actual de la adjudicación como institución. Y otro aspecto de carácter normativo que da cuenta de los factores que razonan la estructura de la justificación. El valor político de la tesis de los derechos, es que jueces filósofos como Hércules, sean capaces de emitir sentencias que satisfagan nuestro sentido de la justicia.

Al juez filósofo Hércules, se le confronta con su antagonista Herbert<sup>13</sup>, quien representa el conjunto de jueces que basan sus decisiones en la moralidad popular, o sea, que no renuncian a su moral para expresar el contenido de su punto de vista. Esta manera de actuar difiere de los mecanismos utilizados por Hércules, que se vale de su propio juicio para intentar identificar los derechos de las partes que ante él

12. *Ibid.*, p. 190.

13. *Ibid.*, p. 201.

confluyen, obviamente, sin desatender la moral de la comunidad para desechar las convicciones suyas o del público que se generan en un caso.

Hércules, lo que desea evitar es la injusticia en la que recaen algunos jueces cuando cometen errores, por lo tanto promueve una técnica de adjudicación en la que los jueces “formulan sus propios juicios sobre los derechos institucionales”<sup>14</sup>, resolviendo con humildad los casos difíciles.

Aunque por sus actuaciones “Hércules podría pensar que la dignidad es un concepto sin importancia”<sup>15</sup>, se debe tener en cuenta que este aspecto controversial del juez filósofo parte de la concepción del término dignidad en su comprensión total. Tal particularización del término sirve para asegurar la moral comunitaria en la medida que se emplea para designar la relación de la persona con los hechos que por fuerza van en contra de su voluntad, en este sentido es entendida como independencia de alguna sujeción.

**La interpretación jurídica.** Conjuntamente, el espacio en que el juez filósofo –Hércules– se desenvuelve, es complementado con la ficción de *la novela en cadena*, en respuesta a las arbitrariedades que en ocasiones cometen los jueces al imponer su punto de vista personal sobre lo que debe contener la ley, justificando su procedimiento con el pretexto de haber descubierto la intención de la norma. En estos casos aunque la interpretación parta de la brecha abierta por un texto vago y ambiguo, no es válida la interpretación. La práctica jurídica es un ejercicio de interpretación teñido de profundas implicaciones políticas que podrían compararse con la interpretación que se hace en el campo de la literatura. Al igual que en esta, la interpretación jurídica debe mostrar que la lectura nos ha de revelar la intención del texto, como obra de arte que es.

La validez de tal comparación descansa sobre el siguiente supuesto: Imaginemos un grupo de novelistas que han sido llamados a realizar un proyecto y que estos se sortean el orden en que van a intervenir. Quien saque el número menor escribe el primer capítulo de una novela, cuyo autor enseguida enviará el siguiente para que este escriba un segundo capítulo en el entendimiento de que estará agregando un capítulo a esa novela y no empezando una nueva y así sucesivamente. Así las cosas, todos los novelistas, excepto el primero, tienen la doble responsabilidad de interpretar y crear porque cada uno de ellos debe leer todo lo que se ha elaborado con anterioridad para así establecer, el sentido interpretativo, en qué consiste la novela hasta ese momento creada<sup>16</sup>.

14. *Ibíd.*, p. 208.

15. *Ibíd.*, p. 204.

16. DWORKIN, Ronald (1997). *El derecho se parece a la literatura*. En: RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre. p. 167.

Esta figura se asemeja a la decisión judicial en los casos difíciles, en la que el juez se pronuncia en una cadena sucesiva de sentencias, en las que sus opiniones se relacionan como los capítulos interminables de una novela. No debe desecharse tal comparación por el carácter ideal de la ficción de la novela, sino que debe rescatarse su aporte al enriquecimiento del problema de la adjudicación de competencias. En tal caso, el juez tiene la responsabilidad de continuar la historia hacia el futuro, interpretando los conceptos anteriores y no inventándose una trama diferente. En ello reside el carácter político de la interpretación en el Derecho.

Dworkin, cierra el debate respecto a la incidencia de la teoría jurídica, y su aporte a dirimir las tensiones existentes entre eficacia, validez y ciencia política. Se puede recoger de los trabajos basados en la idea de la teoría jurídica, su justificación, del derecho por el derecho, y su distanciamiento del derecho del deber ser.

## **RAWLS, LAS BASES DE LA RECONSTRUCCIÓN DEL ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO**

### **5.1 La justificación filosófica de Rawls**

Rawls establece en el desarrollo de su obra una concepción de la justicia proyectada en un papel público de servir a los ciudadanos para resolver sus desacuerdos sobre un concepto de justicia, al nivel de lo que él denomina la “estructura básica” de la sociedad.

Esta concepción filosófica de Rawls matizada bajo una noción político-social de la justicia diseñada, a partir de lo que él llama la “estructura básica” tiene como intención inicial, sublimar la idea de una sociedad como un sistema equitativo de cooperación, conformado por personas libres e iguales, donde dicha cooperación esté dada por un acuerdo imparcial de los que participan en esta sociedad, a partir del pluralismo razonable.

**La justicia como imparcialidad.** El papel de la justicia con respecto al orden y eficiencia de las leyes y las Constituciones, plantea una dicotomía sobre la forma como se asumen las normas y su ejercicio, de tal manera que exige como condición necesaria la acción conjunta de normas justas y ordenadas.

La teoría de la justicia parte de los siguientes presupuestos para su formulación:

- a. Que una sociedad es una asociación autosuficiente de personas.
- b. Que estas personas mantienen un reconocimiento mutuo de conductas obligatorias y que actúan de acuerdo a ellas.
- c. Por el tipo de relaciones que se establecen en esta sociedad se genera un tipo de cooperación social, para promover el bien de sus asociados.

- d. De estas relaciones cooperativas se desprende una identidad de intereses y unos conflictos.

Con respecto a la identidad de intereses y los conflictos, las relaciones tienden a la cooperación debido a la forma como en una situación original se distribuyen los mayores beneficios.

24

En tal medida deben existir unos principios de justicia social que proporcionen modos de “asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definan la distribución apropiada de los beneficios y cargos de la cooperación social”<sup>17</sup>.

La aceptación voluntaria de las personas de hacer parte de una cooperación social<sup>18</sup> involucra el hecho de que los principios de justicia estén a merced de los grados de satisfacción que brindan las instituciones sociales básicas<sup>19</sup>. En tal medida se vuelve indispensable fortalecer los vínculos de la amistad cívica para promover el deseo general de la justicia.

La acción estabilizadora de las posibles infracciones al esquema de cooperación social está a cargo de una fuerza cuya misión reside en prevenir violaciones y restaurar el orden. Hay que prevenirse de la amenaza que representa la desconfianza, la hostilidad, la sospecha y el resentimiento, que son valores contrarios al vínculo del civismo, y que corroen la estructura del esquema de cooperación social.

Para que exista una relación de justicia en el interior de un esquema social, se necesitan que estén regulados tanto la asignación de derechos y deberes fundamentales, como las libertades económicas y las condiciones mínimas de posibilidad de los diferentes sectores de la sociedad.

La concepción de justicia propia del supuesto rawlsiano parte de la generalización y perfeccionamiento de modelo del contrato social<sup>20</sup>, añadiendo la acción de los principios de justicia como objeto del acuerdo original. Esta presunción descarta

17. RAWLS, John (1995). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica. p. 18.

18. La cooperación social es establecida con el objetivo de garantizar el mutuo beneficio por medio de la reciprocidad. La cooperación social no es una actividad social cualquiera.

19. Las instituciones sociales básicas son en su orden: la Constitución Política y las principales instituciones económicas y sociales.

20. Es un intento de afinar en una escala mayor la esencia de los Modelos contractualistas clásicos. Véase a John Locke (1995). *Segundo tratado del gobierno civil*. Ed. Altaya. Barcelona. En el que crea una situación hipotética inicial, en la que los hombres en un supuesto estado de naturaleza gozan de la libertad y la igualdad, y se rigen por una ley natural de igualdad que establece: que siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro, en lo que atañe a su vida, salud, libertad y posesión. p. 38. Véase también a Juan Jacobo Rousseau (1998). *El contrato social*. Ed. Altaya. Barcelona. Su modelo contractual parte del supuesto también hipotético que los hombres nacen libres, con total disposición de su libertad y solo ellos pueden disponer de ella. Inserta en su idea el componente de la asociación para la defensa y protección de la libertad de la persona, pero sin una sujeción que lo obligue a ceder sus prerrogativas como individuo.

el papel del contrato como condición *sine qua non* para ingresar a una sociedad en particular.

El acuerdo alude a un punto de referencia que es la posición original, que se caracteriza por considerar a las personas como libres y racionales, ellas promueven sus intereses en una posición inicial de igualdad, donde deciden por medio de la reflexión racional los fines a seguir y los supuestos sobre las acciones que consideran justas o no. La justicia como imparcialidad es entonces una constante posterior de los principios del contrato social, en este sentido Rawls, toma al estado de naturaleza como punto de partida de su teoría y lo denomina –posición original de igualdad–. La justicia como imparcialidad se configura en la acción de los principios posteriores que regulan los acuerdos del contrato, estableciendo el tipo de cooperación social y la forma de gobierno.

La idea de la construcción contractual que garantiza la anterior formulación de la justicia como imparcialidad descansa sobre la base de que la elección de los principios se inicia a partir de un velo de ignorancia<sup>21</sup>, el cual garantiza que los resultados de esta escogencia al azar, no brinden a nadie ventajas ni desventajas al elegir los principios.

Aunque la justicia como imparcialidad no sea “una teoría contractual completa”<sup>22</sup>, formula una interpretación de la situación inicial y del problema de elección que se plantea en ella, además de un conjunto de principios en los que se presuponen existirán acuerdos.

No se puede negar que aunque la justicia como imparcialidad no parte de un estado de naturaleza particular, alude a una situación original de igualdad, en la que las personas aceptan anticipadamente, el principio de igual libertad, sin conocimiento de sus fines particulares.

La elaboración de los principios de justicia se formula para una estructura básica<sup>23</sup> de la sociedad, ya sea, en el caso de las instituciones<sup>24</sup> o para los individuos.

21. El velo de ignorancia es una situación hipotética en la que se hallan los sujetos originalmente y se caracteriza por el desconocimiento total de las posiciones sociales, las concepciones del bien y las capacidades y tendencias psicológicas del sujeto.

22. *Ibid.*, p. 29.

23. La estructura básica como se ha afirmado anteriormente, está compuesta por las principales instituciones políticas, sociales y económicas de una sociedad y la manera como encajan en un sistema unificado de cooperación social en cada generación.

24. Las instituciones se toman como un sistema público de reglas que definen cargos y posiciones con sus respectivos derechos y deberes entre ellas las prácticas sociales más generales, como los ritos, juegos, procesos judiciales y parlamentarios, mercados y sistema de propiedad. También se caracterizan por poseer reglas constitutivas que establecen ya sea diversos derechos, deberes y cosas por el estilo y máximas de cómo se puede sacar el mejor provecho para propósitos particulares.

“Al decir que una institución, y por lo tanto la estructura básica de la sociedad, es un sistema público de normas, quiero decir que cualquiera que participa en ella sabe aquello que sabría si estas normas, y su participación en la actividad que definen, fuera resultado de un acuerdo”<sup>25</sup>; de esta manera, se superan las contingencias que pueden surgir del desconocimiento de las reglas ya sea por acción u omisión, en todo caso el carácter público de las reglas de una institución es la garantía para su conocimiento.

La administración imparcial y congruente de las leyes e instituciones que satisfacen una determinada estructura social, por medio de unos ciertos principios de justicia, obedecen a la idea de la justicia como regularidad. Las instituciones y las leyes han de inclinarse por un tipo de justicia.

**Los principios de justicia –primer esbozo–.** Los dos principios de justicia sobre los que hay acuerdo en la posición original y cuya misión es la de regir la asignación de derechos y deberes regulando la distribución de ventajas económicas y sociales, son inicialmente:

1. Primer principio: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas, que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás<sup>26</sup>.
2. Segundo principio: Las desigualdades sociales y económicas habrían de ser conformadas de tal modo que a la vez que a) Se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) Se vinculen empleos y cargos asequibles para todos<sup>27</sup>.

Conforme al primer principio, se establece que habrían de ser iguales las libertades básicas como: la libertad política, la libertad de expresión y de reunión, la libertad de conciencia y pensamiento, la libertad de la persona (su integridad), el derecho a la propiedad personal y a la libertad respecto a la detención arbitraria tal como se consagran dentro del Estado Social de Derecho. El segundo principio se aplica a la manera como se establece el manejo de la autoridad y la responsabilidad en las instituciones y el sistema de distribución del ingreso y la riqueza.

Estos principios obedecen a un caso especial de la concepción general de la justicia que se expresaría así: “todos los valores sociales, –libertades de oportunidad, ingreso y riquezas, así como la base del respeto a sí mismo– habrán de ser distribuidos igualitariamente a menos que una distribución desigual de alguno o de todos estos valores redunde en una ventaja para todos”<sup>28</sup>.

---

25. *Ibíd.*, p. 63.

26. *Ibíd.*, p. 67.

27. *Ibíd.*, p. 67.

28. *Ibíd.*, p. 69.

En una situación de posición original los bienes sociales primarios<sup>29</sup> son distribuidos igualitariamente, las personas tienen a la vez derechos y deberes semejantes, compartiéndose igualitariamente el ingreso y las riquezas. Sin embargo, es posible que al ceder algunas de las libertades fundamentales para mejorar la posición de cada uno, exista una especie de compensación por medio de ganancias sociales y económicas resultantes, que aumente las expectativas de bienestar de los individuos o sea las posibles ganancias que se pueden obtener para todos, de las desigualdades.

La justicia como imparcialidad adopta el principio de igualdad democrática que se obtiene combinando el principio de la justa igualdad de oportunidades con el principio de diferencia<sup>30</sup>, equilibrando el orden social en una balanza en la que las perspectivas de los mejores situados no suban a menos que se beneficie a los menos afortunados de la sociedad.

La conexión en cadena que se desprende del principio de diferencia involucra no solo la promoción de los menos favorecidos, sino que a la vez mejora la situación de los ciudadanos en general en satisfacción de los principios de justicia; por ello un replanteamiento del segundo principio sería: “las desigualdades económicas habrán de disponerse de tal modo que sean a) Para el mejor beneficio de los menos aventajados, como b) Ligados con cargos y posiciones asequibles a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades”<sup>31</sup>.

Este nuevo planteamiento llámese principio liberal de la justa igualdad de oportunidades, no conduce de ninguna manera a la conformación de una sociedad meritocrática y por sus características se asemeja al ideal liberal de una justicia procesal perfecta, entendiendo esta como la administración y establecimiento de un sistema justo dentro de las instituciones. Por ello el aseguramiento del sistema de cooperación social debe estar regulado por la justicia puramente procesal. Toda persona tiene una expectativa con respecto al plan de vida que ha elegido racionalmente, de su realización con plena satisfacción de los bienes primarios a que tiene acceso, depende la consecución de su felicidad. La satisfacción del deseo racional del individuo, está ligado a las circunstancias razonables en las que se da la realización del plan de vida.

La descripción de la justicia como imparcialidad sugiere una sociedad compuesta por personas racionales que acomodan su concepción del bien a las contingencias particulares del medio social. Todos tienen asegurada una libertad igual para poder llevar a cabo el plan de vida que les agrade, en tanto no olviden las exigencias de la

29. Derechos, libertades, oportunidades, ingreso y riqueza.

30. El principio de diferencia establece que si existen dos personas, por mucho que se mejore la situación de una de ellas, no habrá ganancia hasta que la otra persona implicada se beneficie.

31. *Ibid.*, p. 88.



justicia. Los hombres participan en los bienes primarios según el principio de que algunos pueden tener más si adquieren estos bienes de modo que mejore la situación de aquellos que tienen menos. Una vez que todo el sistema está establecido y funcionando, no se harán preguntas acerca de los totales de satisfacción o de perfección<sup>32</sup>.

La posición de igual ciudadanía se logra cuando se satisfacen los principios de igual libertad y de justa igualdad de oportunidades. La justicia como imparcialidad juzga al sistema social desde la posición de la igualdad en la ciudadanía y de los diversos niveles de ingreso y riqueza.

Debe existir un principio de compensación social que brinde atención a los menos favorecidos<sup>33</sup> para tratar igual a todas las personas y así propiciar una auténtica igualdad de oportunidades, ello supone una cierta distribución de la educación en los primeros años escolares para mejorar las expectativas a largo plazo de los menos favorecidos.

No es justa, ni injusta la distribución natural que determina que un particular nazca en una determinada clase social, lo que es injusta, es la forma como las instituciones toman partido por uno o por otro, por tal motivo en la justicia como imparcialidad los hombres comparten un destino común para su beneficio y los principios de justicia sirven para afrontar las arbitrariedades de la fortuna.

“La igualdad de oportunidades, significa tener la misma oportunidad de dejar atrás a los mejores afortunados en la lucha personal por alcanzar influencia y posición social”<sup>34</sup>.

Para los individuos se aplica el principio de imparcialidad que establece que a “una persona debe exigírsele que cumpla con su papel y como lo definen las reglas de una institución, solo si satisfacen las condiciones 1) Si las instituciones son justas (equitativas), 2) Que se acepten voluntariamente los beneficios de acuerdo o que saque provecho de las oportunidades que ofrece para promover los propios intereses”<sup>35</sup>. Estas exigencias son obligatorias.

Rawls, entiende desde sus perspectivas de la justicia, la necesidad de lograr la coordinación entre eficacia y estabilidad social, bajo intenciones aquiescentes en tanto a los intereses sociales bajo un margen igualitario y equitativo, que es en últimas

32. *Ibíd.*, p. 97.

33. Los menos favorecidos son a) Aquellos cuyo origen familiar y de clase es más desaventajado con respecto a otros, b) Aquellos cuyos dotes naturales realizados les permiten vivir menos bien, c) Aquellos que durante el curso de su vida la suerte y la fortuna les resultaron adversas, en todo caso todos tienen necesidades físicas.

34. *Ibíd.*, p. 108.

35. *Ibíd.*, p. 113.

el presupuesto necesario para lograr legitimar un sistema jurídico, y cualquier norma e institución.

Esta es una reflexión del Derecho, que se orienta hacia la necesidad de la unificación social, basada en la forma como se suplen las necesidades, de una sociedad en que todos están en la misma posición, es decir la posición original. Se puede entender que una norma, o una institución, en este constructo filosófico de matices socio-políticos no puede ser eficaz si contradice tal situación, y aún peor, no se legitima a la fuerza, porque solo los principios que logren tal fin, es decir el fin de justicia, son reconocidos.

De esta forma la filosofía para Rawls, aporta al respecto la tensión trilemática: eficacia, validez, legitimidad; la necesidad de percibir al Derecho además, no solo desde una perspectiva ideal, o social o política, sino en su conjunto.

## CONCLUSIÓN

El establecimiento de un estatuto epistemológico de la filosofía del Derecho permite sentar las bases de un Derecho que se encuentra en una relación dialéctica con la historia y el desarrollo de la sociedad, permite así mismo enfocar en qué punto el Derecho se ha visto influenciado por otras áreas del conocimiento y en especial de la Ciencias Sociales que han desdibujado y seccionado su quehacer. De esta forma se observa que la relación trilemática se toma desde sus individualidades y no desde una visión de conjunto. Los autores señalados en este trabajo caracterizan bien esta separación y enfocan sus intereses ya sea en la validez, la legitimidad y la eficacia respectivamente.

Se observa también que el fenómeno jurídico desde una mono-perspectiva, justifica la validez del Derecho, su legitimidad, y aceptación en la existencia de una norma llamada básica, fundamental o de reconocimiento. Que en el caso de los planteamientos de Dworkin, sus apreciaciones son más amplias y dan lugar a nuevos elementos de análisis.

Después de haber realizado una serie de consideraciones en torno al tema de la filosofía política y jurídica del liberalismo se logró llegar a las siguientes conclusiones:

- Algo que parecía no tan obvio a principios de la década de los 80, que el paradigma liberal es la base formal de los sistemas democráticos contemporáneos.
- Que la misión de la filosofía política se centra en la reflexión crítica de los modelos políticos dominantes, sin que ello represente una injerencia directa en la realidad.
- Que el debate filosófico sobre el alcance y vigencia del liberalismo político, ade-

más de ser un proyecto susceptible de ciertos comentarios críticos, genera en el discurso cotidiano pretensiones insospechadas.

- Que el modelo liberal en la versión social de John Rawls, revivió la vigencia del contrato en el ámbito de la especulación filosófica y desvió la atención hacia la consecución de un modelo particular de justicia como razonamiento teórico. Así mismo, introdujo una serie de suposiciones hipotéticas como: la posición original, para justificar las bases de un equilibrio reflexivo, un consenso traslapado y un principio de diferencia, con los que atrajo la atención del debate político desde hace ya tres décadas.
- Que después de la publicación de la teoría de la justicia de Rawls se produjo un debate entre el liberalismo y los llamados comunitaristas que criticaron la exclusión de la identidad dentro de la propuesta liberal, así mismo objetaron la falta de argumentos reales que sostiene la actitud original y la errada elección de Rawls, de colocar al sujeto en una posición anterior a sus fines omitiendo la posibilidad de realización de una ética cotidiana.
- Que el modelo liberal igualitario de Dworkin, surge como una posición híbrida entre el liberalismo y el comunitarismo. A partir de unas reflexiones iusfilosóficas, este pensador presenta unas innovaciones al sistema de discrecionalidad defendido por el positivismo jurídico de Hart, replanteándolo con base en la teoría de Rawls, a través de la ficción del juez filósofo Hércules.

## BIBLIOGRAFÍA

- DWORKIN, Ronald (1992). “El modelo de las normas (I)”. En: *Los derechos en serio*. Barcelona: Gedisa.
- HART, H. L. A. “Regla de reconocimiento y validez jurídica”. En: *El Concepto*.
- KELSEN, Hans. “El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica”. En: *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa, 1997 (1960).
- MEJÍA QUINTANA, Óscar. “Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del Derecho”. En: *Revista Pensamiento Jurídico* (No. 16), Bogotá, D.C.: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales (Universidad Nacional).
- RAWLS, John (2002). “Ideas fundamentales”. En: *La justicia como equidad: una reformulación*. Barcelona: Paidós.